

LAS INCUMBENCIAS COMO NORMAS DE CONDUCTA

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra

A lo largo de la reflexión sobre la responsabilidad por el propio comportamiento se percibe una serie de categorías gracias a las cuales se procede a imputar aun cuando carece la conducta de los requisitos que ordinariamente se exigen para ello. Así en categorías como las de ignorancia voluntaria, error vencible y otras. Lo cual muestra cómo, junto a las reglas de imputación que permiten atribuir un hecho a un agente o un hecho a su agente como reprochable, hay otras que permiten superar la imposibilidad de imputar cuando el propio sujeto ha provocado o no evitado su defecto de imputación. Se distinguen así reglas de imputación de carácter *consecutivo* y otras de carácter *adversativo*.

Califico como reglas de carácter *consecutivo* aquellas que permiten enlazar dos términos como consecuencia lógica: uno de los términos es consecuencia del otro. Así, en la medida en que el hecho requiera la existencia de una *causa libera*, lo que se entienda por ésta condiciona la imputación. Inversamente, lo que se entienda por *causa libera*, lo que ésta requiera, podrá ser empleado para rechazar la imputación cuando no se constaten dichos requisitos (en particular, por ignorancia o por violencia). Por reglas de carácter *adversativo* entiendo aquellas que permiten imputar a pesar de no darse los elementos que fundamentan la imputación de manera directa, consecutiva: con otras palabras, lo que Hruschka denomina *imputación extraordinaria*, frente a la ordinaria.

Cuando se trata de supuestos de violencia (*necessitas*), intervienen estructuras de imputación paralelas: el defecto de imputación no impide en algunos casos la responsabilidad. Se trata entonces de la atribución de responsabilidad a un momento en el que sí existió voluntad, y por tanto responsabilidad (*actus voluntarium secundum se* y *secundum suam causam*, que anteceden a lo que después se denominará *actio libera in sua causa*).

El modo de operar las reglas de imputación adversativas es por vía de excepción. De ahí su denominación: hay motivos para negar la imputación misma, pero *a pesar de* ello se mantiene de forma excepcional, porque el agente es responsable del propio defecto de imputación. Sin embargo, es preciso señalar que en esa misma doctrina que resulta algo confusa en cuanto a tales reglas, se conoce también la irrelevancia misma del error. Y ello es muestra, quizá inconsciente, de emplear ciertas reglas (adversativas) de imputación. Me refiero en concreto a la escasa relevancia que se da en la doctrina del Derecho común al *error iuris*. Ello pone de relieve que, si a esa misma doctrina no le eran extraños los supuestos de *error facti*, como es el caso, defender la irrelevancia de aquel defecto es hacer uso de reglas adversativas: es decir, que *a pesar de* que concurre un *error*, se mantiene la imputación.

Estas reglas adversativas operan tanto en casos de ausencia de conocimiento como de voluntad, y tanto referidos al hecho como a su carácter de prohibido o no. Se trata de categorías conocidas en la actualidad en la legislación (sobre todo, penal) como imprudencia (error vencible) y *actio libera in causa*. Ambas estructuras de imputación son expresión de lo que se ha dado en llamar «imputación extraordinaria». Lo propio de ésta es la atribución de responsabilidad aun careciendo el sujeto de los elementos que fundarían la imputación (ordinaria). En efecto: en ciertos casos se imputa aun no concurriendo los elementos en los que ordinariamente se basa la imputación. Dicho modo de proceder se presenta, tanto en casos de imprudencia, como de *actio libera in (sua) causa*. Dichas situaciones han sido objeto de estudio en el modelo de imputación de responsabilidad expuesto por Hruschka bajo la denominación de «imputación extraordinaria». Puede tener lugar la imputación extraordinaria en los casos de defecto por concurrencia de *vis absoluta*, *ignorantia facti*, *vis moralis* y, finalmente, *ignorantia iuris*; es decir, cuando falte cualquiera de los dos elementos necesarios (conocimiento y dominio) para la imputación (*necessitas*), tanto en la llamada *imputatio facti* (*necessitas physica seu absoluta*), como en la *imputatio iuris* (*necessitas cum adiunctione*), y concurren además otros elementos. En definitiva, se entiende por imputación extraordinaria el juicio de imputación, sea del hecho, sea de éste a su agente a título de culpabilidad, que se emite *aun cuando* faltan los requisitos necesarios para imputar. Con ello me refiero ahora a lo que más arriba, con base en estas estructuras, se denominaron «reglas de imputación adversativa».

La posibilidad de imputar aun en casos de carencia de requisitos se percibe en diversos autores —incluso muy antiguos. Así, Kant recoge una afirmación que presupone la estructura de atribución de responsabilidad al agente por sus propios defectos de imputación: «Una trasgresión realizada *sin dolo*, que, no obstante, puede ser imputada, se llama simple *culpa (culpa)*». Y presupone dicha estructura en la medida en que la trasgresión que puede imputarse es dolosa; mientras que la culpa no lo es, pero no obstante se imputa. Ya antes se recurría al mismo modo de proceder. La configuración por Pufendorf de una ordenación sistemática de las *actiones liberae in se* y *liberae in sua causa* apela a la idea de imputación con base en la libertad de la acción en su causa, fundamento de la imputación extraordinaria: imputación a pesar de no existir libertad *in se*. No obstante la falta de libertad en el momento de actuar, se imputa por la libertad *in sua causa*.

A los autores mencionados no escapa la necesidad de contar con una base sobre la que construir esa imputación extraordinaria, es decir, a pesar de apreciarse un defecto que excluye la imputación (ordinaria). Pufendorf se refiere a una sanción, no por haber obrado contra la justicia, sino contra la *prudencia*. Y Tomás de Aquino, a la *negligencia*, como ya Aristóteles había señalado para justificar entonces el castigo. En efecto, este reconocimiento, aun antiguo, de la posibilidad de imputar aun en casos de ausencia de los requisitos exigidos ordinariamente, requiere un fundamento. Más aún, exige un firme fundamento sobre el que basar lo excepcional de ese modo de proceder y que permita evitar el reproche de obrar al margen del principio de legalidad. Me refiero en concreto a la posibilidad de aceptar la idea de incumbencia («*Obliegenheit*»), como fundamento para los supuestos de imputación extraordinaria, en cuanto sucedáneo («*Surrogat*») de la imputación (ordinaria) que se ve imposibilitada por no darse los requisitos exigidos para ésta.

La elección del término «*Obliegenheit*» no es casual, sino fruto de una ponderada elección, a falta de una expresión más idónea. Viene a designar, no un deber —que, de existir, fundamentaría la imputación ordinaria—, sino una condición para el cumplimiento de prohibiciones y prescripciones. Se emplea en algunos sectores del Derecho, en particular en Derecho civil, también en materia de seguros, o en el propio Derecho penal, aunque no necesariamente con el sentido que se le da estas páginas.

La traducción castellana menos inidónea que propongo es la de *incumbencia*. Dicha expresión posee en castellano cierta tradición y abarca un campo semántico próximo al de deber, sin identificarse son él. Aunque en ocasiones se ofrece como traducción la de *obligación*, conviene diferenciar

incumbencia y/o deber. Más aún en el contexto en el que nos movemos, el de la imputación extraordinaria, es conveniente mantenerlas diferenciadas, porque el recurso a la idea de incumbencia viene asociado a menudo a supuestos de responsabilidad de la propia víctima, lo cual restringe en exceso su ámbito conceptual. También porque podría identificarse con la «competencia» (Zuständigkeit) como fuente de imputación, que se emplea en algunos modelos de responsabilidad.

Con ello queda delimitado el marco para el concepto de incumbencia: ésta no es un deber cuya infracción exige dolo por parte del agente. Precisamente se recurre a tal idea para evitar asimilar esos casos con la infracción de un deber. Al destinatario de la norma le incumbe no sólo adecuar su conducta a la regla específica, sino también mantenerse en condiciones de cumplir, llegado el caso, con lo prescrito o prohibido en la regla en cuestión. Así, junto a los contenidos expresados como deber en la norma («primarios»), existirían otros contenidos normativos («secundarios»), cuya finalidad y sentido consisten precisamente en hacer posible el cumplimiento de los primarios. Si se me permite la expresión, se trataría de «normas» jurídicas cuya infracción trae como consecuencia, no una sanción, sino la *imposibilidad* (total o parcial, definitiva o provisional, según los casos) *de cumplir* en el momento oportuno el respectivo deber y por tanto la *sanción del incumplimiento* de éste. La consecuencia de realizar (u omitir) una conducta contraria a lo que incumbe al sujeto será la de no poder cumplir, llegado el caso, el respectivo deber, por lo que la consecuencia (penal) será la que se prevea por el incumplimiento — ahora sí — del deber en cuestión. Las incumbencias tendrían por función no la de impedir primaria y directamente la infracción de una regla de conducta, sino la de asegurar la capacidad de evitar que se precise en cada caso para impedir la infracción de la respectiva regla. Que ello sea previsto por el ordenamiento como delito imprudente, con o sin atenuación de la pena, es otra cuestión.

Las reglas adversativas presentan una vía de una imputación extraordinaria en un doble sentido: por una parte, acaece en casos que podríamos calificar como no ordinarios, aquéllos en que la imputación procede y tiene lugar con base en los requisitos comunes. Por otra parte, tiene lugar como excepción a una regla (de imputación) como es la que exige el dolo para atribuir responsabilidad. Si ésta (regla) falla procede la excepción (no imputación), frente a la cual es posible a su vez una nueva imputación (extraordinaria), la que se basa en obrar contra lo que al sujeto incumbía. Operaría, entonces, como una estructura regla-excepción(regla)-excepción.

De ser así, el mismo problema se plantearía en los supuestos de defecto de otras condiciones necesarias para la imputación. Así, en los casos de imposibilidad de acción por inconsciencia —uno de los supuestos reconocidos de ausencia de acción penal— se abre la vía a la responsabilidad en virtud de la llamada *actio (vel omissio) libera in causa*. Pero dicha estructura deja al descubierto uno de los aspectos débiles de la argumentación corriente en esta materia: que si falta la «acción» no es posible imputación alguna. Si a pesar de ello se imputa, ha de ser con una fuente distinta. De nuevo, *tertium non datur*. También en los casos de ausencia de imputabilidad, en sede de culpabilidad, se recurre a dicha estructura. Y se incurre por eso mismo en igual situación: si el agente no es imputable, ya no es posible imputar a título de culpabilidad. Recurrir a la *actio libera in causa* presupone la falta de libertad en el agente; pero se imputa a pesar de esta falta de libertad. Algo semejante se percibe en la responsabilidad en casos de error vencible sobre la antijuricidad. En definitiva, la falta de un elemento necesario para la imputación excluye ésta. Si en ocasiones se hace responsable al agente a pesar de ello, es porque se imputa con un nuevo título. Se trata de los casos de *error vencible de tipo*, *error vencible de prohibición*; de *ausencia de acción imputable* al sujeto y de *ausencia de imputabilidad imputable* al sujeto. Ya estas expresiones permiten atisbar que se hace responsable al agente de su propio defecto de imputación: esto es, se hace responsable al agente de su error o de su incapacidad o imputabilidad.

Como ya se ha afirmado, el problema que suscita una imputación de este carácter es el de su fundamentación: así, ¿con arreglo a qué se dice de un error que es imputable (vencible)? «Quien debe seguir una norma, debe también estar en condiciones de poder seguir esa norma; debe esforzarse en conocer los presupuestos y en evitar aquello que pueda llevar su conducta a una realización del tipo». Dicha responsabilidad apela en cualquier caso a una fuente distinta —aunque conectada— de los deberes, sin que deba confundirse con una responsabilidad por el carácter o el modo de vida. La fundamentación más socorrida, pero también la menos firme, sería anclar la imputación en una defectuosa dirección de la vida, carácter... Pero tal anclaje sería simplista y seguramente improcedente por no respetar exigencias básicas de dignidad (culpabilidad), o reconstruir la culpabilidad sobre bases deterministas. En efecto, la incumbencia ha de respetar lo que se dice para la acción y el hecho, la controlabilidad sobre el proceso en el que un sujeto se ve inmerso. Por lo que no procede imputar sobre la conducción defectuosa del carácter, «ya que [sc. el agente] puede elegir lo que hace pero no lo que es».

Según entiendo, una fundamentación plausible de las incumbencias como fuentes para la imputación extraordinaria puede basarse en la dinámica de las normas. Toda norma de conducta presupone como condición necesaria, aunque no suficiente, la *posibilidad* de que se vea cumplida por el destinatario. De lo contrario, carece de sentido dirigirle un mensaje normativo (si hay un deber es porque es posible actuar en el sentido del deber en cuestión). Es por eso que quien emite la norma cuenta con que el destinatario se mantendrá en condiciones de cumplirla en el momento concreto en el que surja el deber. Por lo que, si hay que garantizar el cumplimiento de la norma mediante penas, también a través de aquellas condiciones (fácticas y «jurídicas») de las que depende aquél. En este sentido, el autor de la norma cuenta con que al destinatario de cada una de ellas, si es que realmente lo es, incumbe poder cumplirlas en el momento oportuno. Con otras palabras, hay que asegurar que el eventual agente *conozca* los datos de hecho y la norma en cuestión, así como que *pueda* actuar y actuar conforme a la norma. Aparecen así incumbencias en cada uno de los supuestos que pueden hacer desaparecer la imputación: tradicionalmente, para el error (vencible) de tipo y sobre la antijuricidad, como para la *actio libera in causa* en sede de acción y de inimputabilidad.

Tal planteamiento no significa que hagan surgir una norma omniabarcante en todo momento que mantenga al ciudadano en «alerta permanente», sino que respeta su libertad de acción *siempre que* llegado el momento de cumplir el concreto deber se halle en condiciones de hacerlo. La incumbencia pertenecería entonces al ámbito de las reglas de conducta, y no al de las reglas de imputación (entiéndase: operan en sede de imputación «extraordinaria» pero en virtud de unas reglas de actuación, las incumbencias, dirigidas al ciudadano y no al juez para que impute). Así, el ciudadano cuenta con la libertad de acción siempre que no se ponga en situación de no cumplir su deber o de afectar a terceros «inimputablemente». Dejan al destinatario en la libertad de mantenerse en libertad siempre que pueda, en el momento oportuno, dar cumplimiento al deber respectivo; no le especifican la conducta concreta a realizar u omitir, sino que le dejan libertad para sopesar las circunstancias y decidir en cada caso. La incumbencia operaría entonces con una función de advertencia o llamada para velar por el cumplimiento de la respectiva norma dentro de un amplio marco de libertad.

Respecto a su tipificación, conviene matizar que la previsión de reglas de imputación extraordinaria (error vencible, provocación de estados de inconsciencia, inimputabilidad...) no puede asimilarse con el contenido de la in-

cumbencia. Como ya se ha señalado, la incumbencia entra en juego al imputar por vía extraordinaria, luego cumple una función (adversativa) en el procedimiento de imputación. Esta sería una faceta de las reglas de imputación extraordinaria. Pero poseen otra faceta. Al imputar por vía extraordinaria no se decide sin más por qué y cómo ha de responder, sino que eso ha de venir determinado por lo que incumbía al destinatario de la norma. Esta faceta se halla más próxima a la de las reglas de conducta. La objeción de que algunas construcciones de la imputación extraordinaria no respetan el principio de legalidad podría conjurarse en la medida en que existan ya reglas de imputación como las señaladas (error vencible, provocación de estados de inconsciencia...). Y por esa misma razón, podría criticarse que el legislador haya omitido tipificarlas. Pero la no siempre tipificación de las incumbencias no resulta criticable en la medida en que se hallan en relación con el deber en cada caso en cuestión.

En definitiva, la imputación extraordinaria sería el modo de atribuir al agente responsabilidad aun en casos de defectos propios que excluirían *ordinariamente* esa imputación. Carácter extraordinario reviste el juicio de imputación tanto en sede de hecho (*error facti* o *vis absoluta*), como de Derecho (*error iuris* o *vis compulsiva*). Entiendo que no es despreciable incorporar la denominación de «imputación extraordinaria» o mediante reglas «adversativas» a la reflexión moral, pues enriquece el habitual planteamiento centrado en deberes y obligaciones. Las incumbencias están llamadas a dar sentido de la imputación extraordinaria, y así completar las fuentes de la conducta humana.